

origen del sistema del derecho comun inglés, que prescribe al juez descartar *à priori*, sin someterlo á la apreciacion del jurado, toda confesion dictada por el temor ó la esperanza. Los jurisconsultos mas ilustrados reconocen en el dia, que es muy delicada la distincion entre esta confesion y la confesion voluntaria, y confiesan que, en la aplicacion de esta regla, se ha sacrificado con sobrada frecuencia la justicia y el buen sentido, á falsas consideraciones de humanidad (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 288, nota 1.ª). Evidentemente, es preferible el sistema escocés, que, advirtiendo al jurado de las circunstancias de la confesion, se constituye juez de la fuerza ó valor de ésta (Alison, *Criminal Law of Scotland*, páginas 581 y 582.).

287. Hoy, que ha desaparecido el tormento, á lo menos en los paises en que ha estendido su imperio la civilizacion europea, reconocen los mejores publicistas la superioridad del sistema inquisitorial moderado. La marcha en que se emplea el juez activamente para investigar la verdad, es muy superior á aquella en que se contenta con asistir á la lucha de las pasiones y de los intereses opuestos. Bentham (*Pruebas judiciales*, lib. VIII, cap. XI) responde felicisimamente á Beccaria, que pretende que es contrario á la humanidad el interrogatorio, en cuánto exige de un hombre que sea su propio acusador. «Otros os dirán, dice el publicista inglés, que el interrogatorio personal, no es un modo de proceder generoso; es valerse de un hombre en perjuicio suyo. El interrogado se halla en una situacion desgraciada; el juez debe ser su amigo mas bien que su enemigo, y es acto noble no prevalerse de lo que pudiera escapársele en perjuicio suyo. Pudiera creerse que estas nociones se han tomado de las máximas de honor de los combates singulares. Es contrario á las reglas, estrechar á un adversario á quien puso un accidente fuera de estado de resistir; es contrario á las reglas luchar con un enemigo que ha caido en tierra.... en tal caso, debe dársele otra lanza y el tiempo necesario para levantarse.... El juez mas sensible y mas humano no debe ser amigo ni enemigo del acusado, sino amigo de la verdad y de las leyes. No debe buscar ni á un inocente ni á un culpable, sino que debe querer hallar lo que es realmente.» Estas últimas palabras definen con exactitud la verdadera naturaleza del sistema inquisitorial.

Pero sin hablar del tormento, de que no puede tratarse en el dia, hay en la aplicacion de este sistema un exceso que conviene

evitar. Tal como se practica en el derecho comun alemán, poco distante de nuestra antigua jurisprudencia, el sistema inquisitorial supone la accion esclusiva y aislada del juez, sin ninguna discusion pública. Es cierto que el calor de los debates ha perjudicado algunas veces á la manifestacion de la verdad, y que se ha visto sustraer del cadalso á grandes culpables la elocuencia de los abogados. Pero al querer suprimir las pasiones, se suprime el movimiento de la vida, y por querer tocar demasiado directamente el objeto á que se aspira, no se consigue mas que desviarse de él, puesto que se deja de usar voluntariamente de ciertos medios ó recursos que pueden servir para que se manifieste la verdad. Un tribunal que, como hacia con frecuencia el Areópago en Atenas, administrase justicia de noche (núm. 386), lo cual es el ideal del sistema, substrayéndose así de toda impresion personal, mutilaría la instruccion judicial con el pretexto de purificarla (1). Inútil es añadir una consideracion que nadie dejará de comprender, la utilidad de la publicidad como garantía contra las vejaciones, vestigios del antiguo tormento señalados en estos términos por M. Mittermaier (trad. de M. Alexandre, pág. 300, nota): «El carácter enteramente inquisitorial del procedimiento criminal alemán, dá lugar á una de las mas perjudiciales consecuencias. El juez de instruccion ó del sumario se vé inducido forzosamente á tomar la confesion como el blanco de todos sus esfuerzos. De aquí, con frecuencia, el hacerse al inculpado representaciones engañosas, amenazas, promesas; de aquí esas detenciones preventivas, prolongadas adrede con la esperanza de una confesion que se retarda. Las leyes alemanas autorizan con el nombre de *penas de desobediencia*, los golpes y encarcelamiento mas prolongado ó mas riguroso contra todo inculpado que rehusa contestar, se conduce mal ó miente á la justicia: todo esto son otros tantos pretextos suministrados al juez para imponer verdaderos tormentos al inculpado que no quiere confesar, y que muchas veces, inducido, en tales casos, por

(1) La sala en que juzgaban los *inquisidores de Estado*, que se me enseñó en Venecia en el palacio ducal, se halla dispuesta de modo que los jueces no pueden ver al acusado. Es llevar al último grado de perfeccion el procedimiento secreto. Afortunadamente esta sala no es en el dia mas que un recuerdo histórico, así como los *plomos* y los *pozos* de Venecia.

la desesperacion, dice otras tantas falsedades en forma de confesion.»

Nuestro Código de instruccion ó procedimiento criminal, al conservar el principio inquisitorial en lo que tiene justo y saludable, ha sabido evitar los excesos. Con la antigua jurisprudencia y con el derecho comun aleman, admite una instruccion preparatoria, conducida secretamente por el juez. Pero toma al sistema de acusacion de Roma y de Inglaterra la publicidad de los debates definitivos, confiando, no obstante, la acusacion á un ministerio público, y haciendo dominar en ella la intervencion activa del magistrado, que es el alma del sistema inquisitorial. Esta feliz combinacion concilia la proteccion debida al interés social con las garantías que reclama la seguridad individual. Siendo llamado siempre el juez á tomar una parte activa en el proceso, se admite siempre entre nosotros el interrogatorio. Verifícase, así como el exámen de testigos, primero en secreto, despues en público. Al seguirle en sus diversas fases solo nos atendremos al procedimiento establecido para los crímenes, puesto que el interrogatorio no ofrece ningun carácter particular en materia de policia correccional y de simple policia.

Por derecho español, en los casos en que por ser el delito puramente privado, se procede á querrela de la parte agraviada, la confesion del procesado debe pedirse por la misma, puesto que se trata y procede en virtud de una accion que á ella solo interesa promover, sin que el oficio fiscal debe mezclarse en las causas por esta clase de delitos, segun previene el artículo 101 del reglamento provisional para la administracion de justicia; mas en los casos en que por ser el delito público, ó cuya persecucion interesa á la sociedad, bien se reclame su castigo por acusacion particular, por denuncia privada ó por escitacion del ministerio fiscal ó de oficio por el juez, incumbe á éste exigir la confesion del procesado en el período del juicio correspondiente; es decir, en la sumaria, que es donde procede recibirse la declaracion indagatoria al procesado, la cual en el dia se verifica sin juramento, segun se previno en el art. 121 de la Constitucion de 1812, restablecido como decreto en 1836: en el dia, la confesion con cargos que se recibia al acusado en el plenario, se ha abolido por decreto de 26 de mayo de 1854.

Por nuestro derecho, segun ya hemos indicado, en España no se conoce por el jurado de ninguna clase de delitos, sino por jueces letrados, no existiendo en su consecuencia el procedimiento especial establecido en Francia para este objeto. El procedimiento criminal que marcan nuestras leyes para los delitos comunes en general, se compone principalmente de dos partes ó períodos; el llamado *sumario*, que comprende las primeras y mas urgentes diligencias judiciales dirigidas á descubrir y acreditar legalmente la ejecucion del delito y sus autores, y el *plenario*, que se dirige á discutir contradictoriamente la culpabilidad ó la inocencia de los procesa-

dos y á dar la sentencia condenatoria ó absolutoria. El sumario es reservado por su naturaleza, así es, que las declaraciones de los testigos se reciben sin citacion, y por consiguiente, sin que la parte á quien perjudican pueda presenciárselas ni rebatirlas ni repreguntar á aquellos: mas el plenario es público verificándose en él el juicio público de pruebas y de repreguntas á presencia de las partes interesadas ó de sus defensores, á quienes no puede reservarse desde entonces ninguna pieza, documento ni actuacion, segun previene el art. 10 del reglamento provisional para la administracion de justicia de 26 de setiembre de 1835.—(A. del T.)

### §. 1. Interrogatorio en la instruccion ó procedimiento preparatorio.

#### SUMARIO.

- 388. Quien debe interrogar al acusado.
- 389. Importancia del interrogatorio.
- 390. Debe estarse, en cuanto á las formas, á la ordenanza de 1670.
- 391. Cómo se presta el interrogatorio.
- 392. Debe ser secreto.
- 393. Abolicion del juramento prévio.
- 394. Utilidad de reiterar el interrogatorio.
- 395. Interrogatorio prévio, hecho por el presidente del tribunal criminal (*de assises*).

388. Segun el Código de instruccion criminal, que ha sido fiel bajo este respecto á las tradiciones de la antigua jurisprudencia, el juez de instruccion es el encargado de interrogar al acusado. El procurador imperial, cuyas funciones normales consisten en activar el procedimiento con sus escitaciones, pero no en dirigirlo, no debe proceder al interrogatorio sino en los casos escepcionales (C. de inst., art. 40.). Y en los casos mismos en que este funcionario es llamado á hacer, bien sea personalmente, bien por el órgano de uno de sus oficiales de policia auxiliares, los primeros actos de instruccion, estos actos deben transmitirse siempre al juez, que puede rehacerlos si lo juzga conveniente (*ibid.*, art. 60).

389. La ordenanza de 1539, art. 146, queria que los acusados fuesen «interrogados bien y diligentemente..... para averiguar la verdad de sus crímenes, delitos y excesos, por boca de los acusados, si es posible.» Siendo el objeto que se propone descubrir la verdad, esta medida se exige, tanto en favor de la justificacion de los inocentes, como para el descubrimiento de los culpables: «En el interrogatorio es donde particularmente puede emplear el acusado,

»decía el presidente Lamoignon, en las conferencias sobre la ordenanza de 1670, los medios naturales de su defensa, y donde el juez puede con su prudencia y autoridad descubrir la verdad, y penetrar los disfraces del criminal.» Así, la ordenanza de 1670 exigía (tit. XIV, art. 1.º) que los acusados de crímenes fueran interrogados dentro de veinticuatro horas. Esta regla, violada con frecuencia en otro tiempo, no se observa hoy tampoco exactamente en el caso en que se reproduce entre nosotros, es decir, cuando hay mandato de conducir al inculcado, mandato que debe decretar el juez de instrucción, bien sea cuando se trata de un crimen, bien cuando no está domiciliado el inculcado. En los casos mas graves en que el juez no decreta mas que un mandato de comparecencia, como no tiene ningun derecho para retener á aquel á quien hizo venir ante él, debe hacerse el interrogatorio inmediatamente (C. de inst., art. 93.). Por lo demás, aunque no se prescriba el interrogatorio por la ley, bajo pena de nulidad, se considera como una forma sustancial del procedimiento (*ibid.*, art. 103), y no puede cerrarse una instrucción, sin que haya sido puesto el inculcado, por medio de un mandato, en posición de esplicarse sobre los hechos que se le han imputado (Cas. 6 de noviembre de 1854, 12 de febrero de 1835, 11 de noviembre de 1839 y 16 de noviembre de 1849.).

390. A pesar de la importancia que han dado nuestras leyes modernas al interrogatorio previo, han descuidado trazar sus formas; por lo cual, es necesario referirse, en lo relativo á esta materia, al título XIV de la ordenanza de 1670, en cuanto son compatibles las disposiciones de este título con la actual organización de justicia, y no han sido abrogadas por el decreto de 9 de octubre de 1789 que ha consagrado ciertas reformas relativamente al interrogatorio. Echémos una ojeada sobre las disposiciones que ofrecen mas interés.

391. El juez estaba obligado á proceder en persona al interrogatorio, que no podía en ningun caso practicarse por el escribano (1) (Ord. de 1670, tit. XIV, art. 2.). La ordenanza pronuncia

(1) Ya el art. 144 de la ordenanza de 1539 habia prescrito á los jueces, que procedieran en persona á los interrogatorios y careos. Pero hasta la ordenanza de 1670, podia delegarse la informacion á un escribano ó á un notario.

la nulidad del interrogatorio, si lo verifica el escribano, y una multa de quinientas libras, tanto contra el escribano, como contra el juez. La primera de estas sanciones es la única que se permite aplicar en el día.

El interrogatorio debía tener lugar en la audiencia, y no en la casa del juez (*ibid.*, art. 14.). En el día debe practicarse tambien del mismo modo. El art. 1040 del Código de procedimiento quiere que todos los actos y procesos verbales del ministerio del juez se hagan en el lugar en que está situado el tribunal. En materia criminal, hay identidad de motivo para ello.

392. Los inculcados debian ser interrogados con separacion, sin asistir persona alguna mas que el juez y el escribano (*ibid.*, artículo 6.). La práctica es constante en este sentido. La Asamblea constituyente, al establecer la publicidad de los debates en lo criminal, reconoció formalmente la utilidad de conservar el secreto de la instrucción preparatoria. El inculcado, salvo permiso extraordinario del juez de instrucción, no está autorizado para aconsejarse de letrado, sino despues de su traslacion á la casa de justicia del lugar donde se reúne el tribunal criminal (*de assises*) (C. de inst., arts. 294 y 302.). El mismo ministerio público no debe asistir al interrogatorio. Puesto que el acusado no tiene aun defensor, debe separar igualmente al órgano de la acusacion. Si, pues, el artículo 94 del Código de instrucción, dice, que el juez decreta el auto de arresto, despues de haber oido á los acusados y al procurador del rey, esto no debe entenderse en el sentido de que se oiga simultáneamente al ministerio público y á los acusados, sino en el sentido de que se sucedan estos dos actos; primeramente el interrogatorio y despues las requisiciones del ministerio público para el auto de arresto.

393. Se aplicará tambien la disposicion de la ordenanza (título cit. art. 11) que prescribia se diese un intérprete á los extranjeros que no entendieran la lengua francesa, y la que ordenaba leer y hacer firmar al inculcado su interrogatorio (*ibid.*, art. 13), segun lo prescribe la ley espresamente respecto de los testigos (C. de inst., artículo 7.). Pero no es así en cuanto al juramento, el cual se exige antes del interrogatorio (Ord. *ibid.*, art. 7.). Esta odiosa exigencia se habia tomado de un digno origen, de un *directorio de los inquisidores*, publicado en 1360. Criticada por los talentos mas eminentes; en el siglo XVI, por el famoso criminalista Julio Claro, uno de

los primeros dignatarios del Senado de Milan, en tiempo de Felipe II (1); en el siglo XVII por el presidente Lamoignon, cuyas esplicaciones sobre esta cuestion cuando se redactó la ordenanza, no dejan nada que desear: finalmente, en el siglo XVIII, por los numerosos publicistas que batieron en brecha los abusos de nuestro antiguo procedimiento, ha sido, en fin, abolida por el artículo 12 del decreto de 9 de octubre de 1789. Aquí, nuestra legislacion criminal está en perfecta armonía con la legislacion civil, la cual, ya hemos visto que ha suprimido el juramento que precedia en otro tiempo al interrogatorio sobre hechos y artículos.

394. En el día, lo mismo que rigiendo la ordenanza (*ibid.*, artículo 15), puede reiterarse el interrogatorio. Conviene tambien en general, antes de cerrar la instruccion, proceder á un interrogatorio final. No puede menos de aplaudirse lo que se lee con este motivo en una circular del procurador general de Orleans, del 21 de marzo de 1836. «He observado en los procedimientos criminales que los señores jueces de instruccion se contentan frecuentemente con hacer sufrir al inculpado un solo interrogatorio, que se verifica inmediatamente despues del arresto y al incoarse el procedimiento. Este interrogatorio no puede ser suficiente, porque no es posible poner al inculpado, en este primer momento, en posicion de esplicarse sobre el conjunto de los cargos que, por lo comun, no se forman, al menos debidamente, sino por el exámen posterior de los testigos. Conviene, pues, que independientemente de este primer interrogatorio y de los que pueden haber parecido necesarios en el curso de los procedimientos, sufra el inculpado un interrogatorio final, cuando se ha terminado enteramente la informacion. En este último interrogatorio, pueden los magistrados fácilmente interpelar al acusado sobre la totalidad de los cargos, y ponerle en posicion de justificarse sobre cada uno de ellos, bien sea con sus esplicaciones, bien por la indicacion de nuevos testigos. Por medio de esta precaucion, los magistrados de la sala del Consejo y de la sala de acusacion, estarán seguros de tener á la vista un sistema completo de defensa al lado del sistema de acusacion, y podrán de este modo, pero de este modo solamente, determinar con suficiente conocimiento de causa.» Cuando se pro-

(1) *Mihi certe hæc practica nunquam placuit, quia est manifesta occasio perjurii.*

cede de esta suerte á un nuevo interrogatorio, se pregunta si deben leerse los interrogatorios precedentes. Autorizar, en principio, á los inculpados para reclamar esta lectura, seria favorecerles con los medios de hacer traicion á la verdad, poniéndolos en guardia contra las contradicciones ó variaciones que hubieran podido escapárseles. Solamente cuando crea el juez de instruccion en la buena fé del inculpado, puede volver á leerle, en todo ó en parte, sus primeras declaraciones, á fin de ponerle en el caso de esplicarse sobre contradicciones que solo serán aparentes.

395. Por último, además del interrogatorio ó interrogatorios sufridos ante el juez de instruccion, la persona contra quien se ha dado auto para que se proceda á su acusacion, debe ser interrogada de nuevo secretamente por el presidente del tribunal criminal (*de assises*) ó por un juez delegado, veinticuatro horas despues de su llegada á la audiencia ó tribunal del lugar donde debe celebrarse el juicio (Cód. de instr., art. 295). Esta es una fórmula sustancial cuyo cumplimiento debe consignarse en forma bajo pena de nulidad (cas. 30 de setiembre y 20 de diciembre de 1847, 3 de enero de 1850, 29 de marzo de 1860). Sin embargo, la observancia del término de veinticuatro horas, así como la de muchos plazos semejantes de nuestras leyes, no tienen mas sancion que el celo y la conciencia de los magistrados (sent. deneg. de 16 de enero de 1852 y 4 de agosto de 1859.). El objeto principal de este interrogatorio es invitar al acusado á elegirse un defensor, y advertirle que tiene cinco días para atacar la providencia de remision dada por la sala encargada de declarar si há lugar á las acusaciones (*ibid.*, artículo 294 y 296.). No pudiendo abrirse los debates mientras permanezca en suspenso esta providencia, habrá necesariamente cinco días por lo menos de intervalo entre la interrogacion y la apertura de los debates. La ley prescribe que se estienda un proceso verbal en que se consigne el cumplimiento de estas formalidades y las declaraciones del acusado, si há lugar á ello (*ibid.*, art. 291.). Pero es bastante raro que se hagan así revelaciones ante el presidente del tribunal criminal, quien frecuentemente no dá bastante importancia á este interrogatorio cuya tarea delega á otro juez.

El procedimiento de que trata M. Bonnier en este §. corresponde, hasta cierto punto, al que tiene lugar por nuestro derecho en el período

del juicio criminal, llamado *sumaria*, la cual, como hemos dicho ya, es secreta en todas sus partes.

Segun las prescripciones del derecho español sobre el procedimiento criminal, dentro de las veinticuatro horas siguientes á la prision ó arresto del presunto reo, ó si no se le hubiere detenido ó preso, cuando prudencialmente creyere el juez que es oportuno, por haber suficientes indicios de ser el delincuente, debe el juez tomarle por sí mismo la declaracion *indagatoria ó inquisitiva*, sin cometerla en ningun caso al escribano, aunque valiéndose de éste: ley 10, tit. 32, lib. 12 Nov. Recop., y art. 290 de la Constitucion de 1812. El juez debe abstenerse de hacerle preguntas capciosas ó sugestivas y de emplear alguna coaccion física ó moral, ó alguna promesa, dádiva ó artificio: *art. 8.º del regl. prov. para la administracion de just.* Por último, debe manifestarle la causa de su prision y el nombre del acusador, si lo hubiese: *art. 300 de la Constitucion.*

Segun la antigua jurisprudencia y aun conforme al reglamento provisional, se tenia que recibir al procesado la declaracion previo juramento, en razon á que se le consideraba que en este estado declaraba como testigo, pero el art. 291 de la Constitucion de 1812 dispuso, que la declaracion del arrestado se recibiese sin juramento, como la de cualquier otra persona que en materia criminal tiene que declarar en hecho propio. Este artículo es mas acomodado á lo que aconseja la razon, porque obligar al reo á que declare bajo juramento acerca de las preguntas relativas á su criminalidad, es ponerle en el conflicto de tener que perjurar ó condenarse.

El juez verifica el exámen del reo ante escribano, preguntándole su nombre, apellido y el apodo que tuviere; su patria, naturaleza, vecindad y última residencia; sus padres, estado, profesion ó ejercicio y edad; estas preguntas son las llamadas generales de la ley. Además deberá preguntarle, el sitio y lugar donde se hallaba en el día y la hora en que se cometió el delito, si ha tenido noticia de él, con qué personas se acompañó, si conoce á los que son reputados cómplices de su ejecucion; si estuvo unido con ellos antes de perpetrarse el delito, de qué asuntos trataron, y todo lo demás que pueda inducir á la averiguacion del delito y de la parte que ha tenido en él. Estas preguntas deben ser directas en cuanto á los objetos é indirectas en cuanto á la persona. Concluida la declaracion, se lee al declarante para que manifieste si está conforme con su contenido, y estándolo, la firma con el juez y el escribano.

La declaracion del presunto reo no se cierra definitivamente sino que queda abierta para continuarse ó ampliarse cuando convenga, que lo será, cuando aparezcan hechos sustanciales sobre que debe interrogársele, como igualmente, cuando el mismo procesado pida ser oido: *art. 18 del Reglamento prov.*

Si el reo se negare á declarar, opinan algunos autores que el juez puede obligarle á ello multándole, poniéndole grillos, privándole de parte del alimento, comunicándole y usando de otros medios análogos, pues conceptúan que estos medios no pueden llamarse verdaderos apremios; mas otros autores, entre ellos Escriche en su *Diccionario*, opinan en nuestro juicio, con razon, que esta antigua práctica no tiene lugar en el día; juzgando que estos medios son verdaderos apremios, y en su consecuencia que están comprendidos en la prohibicion de hacer uso de ellos impuesta por la real cédula de 25 de julio de 1814, los art. 7 y 8 del reglam. prov. y el artículo 303 de la Constitucion. El reo que calla, dice el Febrero reformado, no puede decirse que desacata al juez, sino que trata solo de

guarecerse de un daño que teme, falta que podrá el juez tener en cuenta al sentenciarle, pero que no puede corregir en el acto, porque la correccion se convierte en un apremio y las leyes prohiben estos.

Cuando hay cómplices en el delito, debe recibirse la declaracion á cada uno de ellos acto continuo de la del otro, para evitar que puedan manifestarse mutuamente lo que declararon.

Si no entendiase la lengua el procesado, es examinado por medio de dos intérpretes, ó de uno, si no pudiese encontrarse otro.

Si fuera sordo-mudo, si sabe escribir, hará su declaracion por escrito; si no supiere, se le examinará por el alfabeto manual; y si lo ignorase, declarará por medio de dos personas acostumbradas á entenderle y hacerse entender de él. V. la adición inserta á continuacion del número 403.— (*A del T.*)

### §. III. Interrogatorio durante los debates.

#### SUMARIO.

- 396. Utilidad y legalidad de este interrogatorio.
- 397. No debe haber violencia física.
- 398. Consignacion de la identidad del acusado.
- 399. Orden que debe seguirse si hay coacusados.
- 400. Forma del interrogatorio.
- 401. Falta de sugestion.
- 402. ¿Puede haber falso testimonio por parte del acusado?
- 403. ¿Qué debe decirse del testigo que puede comprometerse con su declaracion?

396. Es entre nosotros esencial á la instruccion ó procedimiento criminal, que se invite al acusado á dar esplicaciones verbales; pero no se emplea medio alguno de violencia para obligarle á contestar á las interpelaciones que se le hacen. Si puede interpretarse la negativa á contestar desfavorablemente al acusado, no dá lugar á ninguna medida especial para castigar su pertinacia. Entre nosotros no se conocen *las penas de desobediencia*, es decir, los golpes, encarcelamiento mas riguroso ó prolongado, que imponen las leyes alemanas contra el acusado que se niega á contestar (*V. Mittermaier, nota citada, n.º 387.*). Libre de toda violencia, el interrogatorio en la audiencia, que no se presta á los mismos abusos que el interrogatorio secreto, es tan favorable á la defensa como á la acusacion. Nuestra jurisprudencia es constante en este sentido. Habiendo sostenido un acusado ante el alto tribunal de Bourges, que el interrogatorio, sobre todo antes del exámen de testigos, era un abuso tomado de la inquisicion, condenado por la legislacion

inglesa y proscrito por el Código de instrucción, el alto tribunal juzgó, el 9 de marzo de 1849, que conforme á la combinacion de los artículos de este Código, «pertenece al presidente el derecho de preguntar á los acusados antes del exámen de testigos, lo que le parezca necesario para la manifestacion de la verdad.» No se considera ya en el día, como bajo la ordenanza de 1670 (tít. XVIII, art. 8), al que se niega á contestar despues de tres interpelaciones, como *mudo voluntario*, y como privado en su consecuencia de la facultad de volver ulteriormente sobre los puntos respecto de los cuales no quiso explicarse (1), pues se considera con razon el derecho de defensa como imprescriptible, mientras no ha recaído condena.

397. El acusado comparece ante el tribunal criminal libre (Código de instr., art. 310), al menos en el sentido de que no debe comprimir sus miembros ligadura alguna. La violencia física, reoperando sobre sus disposiciones morales, perjudicaria á la libertad de la defensa. Es, pues, preciso abstenerse de ella cuando no es necesaria, y hasta por lo comun que le acompañen guardias para impedir que se evada. Pero en caso de que resulte del proceso verbal que el acusado es de carácter impetuoso y arrebatado, que es ágil, sagaz y robusto (2), se ha juzgado que el presidente encargado de la policía de la audiencia tiene el poder de emplear todo medio de sujecion que el buen orden y la seguridad de los asistentes hicieran indispensables, aun cuando tuviera que poner esposas al acusado (sent. deneg. de 7 de octubre de 1830). Mas difícil es aprobar otra decision (sent. deneg. de 2 de enero de 1837), que validó un procedimiento en que se habian quitado los grillos al acusado, despues de leerse el acta de acusacion; porque si pudo dejarse al acusado, libre de toda sujecion, desde este momento; ¿por qué no habia de poder dejarse desde el instante de su comparecencia?

398. Antes de abrir los debates, el presidente pregunta al acusado su nombre, apellido, edad, profesion, residencia y el lugar de su nacimiento (art. cit. 310). No es esta la interrogacion propia-

(1) Segun los términos del art. 224 del Código de procedimiento penal de Nápoles, se considera el interrogatorio como una ventaja para el acusado, ventaja de que se vé privado si rehusa contestar al principio de los debates.

(2) El triste precedente de la evasion de Jud viene sobradamente en apoyo de la doctrina de la sentencia de 1830.

mente dicha, sino simplemente un medio de probar la identidad de la persona. El interrogatorio formal, que es la parte esencial de los debates, no puede tener lugar sino despues de instalarse el jurado, y de la lectura del auto de remision, del acta de acusacion y de la citacion de los testigos.

399. Si hay muchos acusados, determina el presidente los que deben ser primeramente sometidos á los debates, principiando por el principal acusado (*ibid.*, art. 334). La determinacion de este orden puede tener sin duda una gran influencia en la direccion de los debates. ¿Pero apreciar cuál es el principal acusado, es entregarse á un exámen que es enteramente de hecho! ¿Cómo podria el tribunal de casacion, sin entrar en un orden de atribuciones que le es enteramente extraño, anular los debates con motivo de la decision que hubiera tomado el presidente sobre este punto? Háse, pues, reconocido que esta regla, á pesar de su utilidad, debe abandonarse enteramente al poder discrecional, y que se evade por su naturaleza de la comprobacion del tribunal de casacion (sent. deneg. de 3 de mayo de 1834 y de 4 de agosto de 1845).

El presidente puede por lo demás cuando teme que la presencia de ciertos acusados ejerza una influencia desfavorable en las contestaciones de sus coacusados, ordenar que se interrogue á algunos de ellos con separacion, salvo advertir á aquellos á quienes se haya hecho retirar provisionalmente, de lo ocurrido en su ausencia. Esta medida la indica la ley con ocasion de la declaracion de los testigos (*ibid.*, art. 317), de los que puede ser esencial aislar á los acusados (núm. 318). Pero existe absolutamente la misma razon respecto del exámen separado de cada acusado; los coacusados son respectivamente testigos, los unos respecto de los otros. En último resultado, la afrontacion de los acusados entre sí, lo mismo que su confrontacion con los testigos, no tienen importancia si no en cuanto se dirigen á la manifestacion de la verdad, y seria sacrificar el objeto al medio no admitir escepciones necesarias en favor de esta manifestacion.

400. En cuanto al modo como debe dirigirse el interrogatorio, la ley se remite á la prudencia del magistrado que preside los debates, prescribiendo solamente que se presente al acusado todas las piezas relativas al delito y que pueden servir para probarlo é interpelarle á declarar si las reconoce (*ibid.*, art. 329). La presencia de los objetos mismos que han servido para perpetrar el crimen ó

de los despojos de la víctima, puede obrar en su conciencia y ocasionar una revelación. Si ignora el idioma, se le debe nombrar un intérprete, como se hace respecto de los testigos (1) (*ibid.*, artículo 332). El presidente debe tomar esta medida de oficio, siempre que le parezca que el acusado no entiende suficientemente la lengua del país en que se sigue el procedimiento; pero si no hay reclamación alguna ni por parte del acusado ni por la de su defensor, se presume haber podido seguir útilmente los debates según lo ha decidido el tribunal de casación, especialmente el 12 de mayo de 1855. Igual asistencia necesita el sordo-mudo (*ibid.*, art. 333). Por último es evidente que si los testigos no deben leer ningún proyecto ó borrador escrito (*ibid.*, art. 317), debe ser lo mismo con mas razón respecto del acusado, en quien debe despertar el interrogatorio recuerdos enteramente personales. Pero, no debe confundirse con las respuestas redactadas anticipadamente las que dá inmediatamente por escrito en la audiencia el sordo-mudo, que sabe escribir (*ibid.*, art. 333), respuestas que no por no ser verbales, dejan de ser menos espontáneas. La ley tiene razón en preferir estas respuestas por escrito, cuando pueden obtenerse, al lenguaje por gestos ó ademanes, cuya interpretación puede no ser perfectamente exacta. Y en el caso de que un extranjero supiera francés sin poder hablarlo, nos inclinariamos á aplicarle igualmente la facultad de contestar por escrito. Conviene evitar el empleo de personas intermedias, y poner al acusado en relación inmediata con sus jueces.

401. Detengámonos un instante en el carácter general que debe tener el interrogatorio, bien sea público ó secreto. El juez que lo dirige debe conducirlo con habilidad para conseguir insensiblemente una confesión que el acusado no tenía intención de hacer, pero que resulta forzosamente de las circunstancias sucesivamente acreditadas contra él; mas esta habilidad no debe degenerar en dolo.

(1) Una jurisprudencia deplorable, pero conforme con la letra de la ley, que solo llama al intérprete (art. 332 citado) á traducir los discursos que hay que transmitir entre el acusado y los testigos, solo exige que no se consigne la traducción del auto de remisión y el resumen del acta de acusación (sen. de 29 de mayo de 1856). Así, pues, sería de desear que se aplicase á todas las causas concernientes á personas que no entienden el idioma, la disposición del art. 68 de la ordenanza de 26 de setiembre de 1841, prescribiendo un análisis sumario en lengua árabe, hecho por un intérprete juramentado, de toda notificación hecha á un musulmán en Argel.

Deben, pues, proibirse esas preguntas capciosas, equívocas, que hacen decir al acusado lo contrario de lo que quiere. No existe confesión desde que la declaración hecha en juicio no es la libre expresión del interrogado. Tender lazos á un acusado es organizar contra él un verdadero tormento moral. Ciertas legislaciones, como la ley penal de Baviera (art. 267, núm. 4), anulan la confesión que se obtiene á consecuencia de preguntas capciosas, pero esta nulidad es difícil de aplicar. ¿Cuál es el límite en que terminan las preguntas lícitas, y en que comienzan las preguntas capciosas? El único remedio verdaderamente eficaz contra este peligro, se halla en la publicidad del interrogatorio y en la asistencia á los debates de un defensor. Si hay quejas á veces, con razón ó sin ella, sobre la manera como se ha practicado el interrogatorio por el Juez de instrucción, no pueden elevarse las mismas quejas en cuanto á los debates, donde todo acontece á vista del público, donde se deja toda latitud á la defensa, y solo por el resultado de los debates debe formarse la convicción del jurado.

402. Conviene observar, que si la legislación moderna no ha permitido que la declaración del acusado tuviera por sanción el juramento, menos se debe admitir que pueda alcanzar penalidad alguna á quien no vendió la verdad sino para sustraerse á un grave peligro; lo cual se reconocía ya antiguamente, aunque hubiera en tal caso perjurio, según la antigua práctica. En su consecuencia, no podría constituir el crimen de falso testimonio la falsedad de sus respuestas (cas. 22, lluvioso año XI). Mas aún; el simple hecho de haber contestado y firmado con un nombre falso, no siendo mas que el ejercicio del derecho de su defensa, no podría constituir falsedad (cas. 29 de abril y sent. den. de 1.º de setiembre de 1826). De otra suerte sería, si el acusado hubiera tomado el nombre de una persona determinada, de manera que hiciese recaer moralmente sobre ella el peso de la condena, según lo ha decidido con mucha razón el Tribunal de casación (cas. 12 de abril de 1835, sent. deneg. de 1.º de julio de 1838). Aunque haya dicho Cicerón (*pro Milone*): *Omnis est honesta ratio conservandæ salutis*, nunca podrían llegar las inmunidades de la defensa hasta causar el mas grave perjuicio á otro.

403. Suscítase una cuestión mas delicada; y es saber, si se debe considerar como legalmente sujeto á la fé del juramento al testigo, que sin ser actualmente acusado, puede comprometerse, si revela

la verdad. En favor de la afirmativa, se hace valer la consideracion de que el testimonio falso supone la intencion de causar perjuicio á otro, mientras que quien es verdaderamente parte en la causa no dice una mentira ó falsedad, sino en favor de su defensa. Pero el tribunal de casacion juzga constantemente (cas. 27 de agosto de 1824; sent. deneg. de 22 de abril y 23 de febrero de 1847), que no puede dispensarse al testigo por ninguna consideracion personal de los deberes sagrados que impone el juramento. Esta doctrina rigurosa nos parece exacta, desde que se prestó juramento; solamente le pertenece al poder discrecional autorizar con conocimiento de causa á los que se encuentran en semejante posicion para dar simples noticias (V. el núm. 326), ó aun para abstenerse (Burdeos 6 de junio de 1851), segun el principio admitido en el derecho comun inglés (M. Greenleaf, tom. I, pág. 587 y sigs.). En todos los casos, la antigua jurisprudencia, segun relata de Jousse (*Justicia criminal*, tomo III, pág. 434) castigaba con una pena menos grave que la ordinaria del testigo falso, al que declaraba falsamente en una causa en que tenia interés, y en el día, el jurado podrá siempre aplicar en semejante hipótesis el beneficio de circunstancias atenuantes.

No teniendo lugar entre nosotros, segun ya hemos indicado, el juicio criminal ante los jurados á que se refiere M. Bonnier en este párrafo, no son, en su mayor parte, aplicables los procedimientos que aquí se indican al juicio criminal que se verifica en España ante jueces letrados, y en primera instancia ante un juez único. Sin embargo, algunas de las doctrinas y aun de las diligencias que espone aquí M. Bonnier, son aplicables á nuestro procedimiento criminal, bien á la parte llamada sumario, en especial las concernientes al modo de tomarse la declaracion al procesado, respecto de lo cual debe tenerse presente la adición inserta á continuación del núm. 395, bien á la parte llamada plenario, y en éste á la de la vista del proceso.

Anteriormente concluido el sumario, se recibía al acusado la confesion con cargos; mas por decreto de 26 de mayo de 1854 se ha suprimido esta diligencia por considerarse inútil, despues de haber recibido al reo la declaracion indagatoria y consignádose en el proceso los comprobantes del delito; repugnante, porque se le colocaba en una violenta posicion al pretender que obrara contra los sentimientos de la naturaleza; y contraria en su forma á los principios de derecho, puesto que se obligaba al juez á que, prescindiendo de su carácter, ejerciera las funciones de acusador, que en manera ninguna le competen, para venir despues quizá á no estimar en la sentencia los cargos que antes hizo, pronunciando un fallo absolutorio.

Concluido pues el sumario, se pasa la causa al acusador ó al ministerio público para que proponga su acusacion; de esta se dá traslado al acusado para que presente su defensa; tanto en el escrito de aquella como en el da

ésta, se proponen las pruebas que se crean convenientes, y practicadas, se procede al acto de la vista. Este es público, como todos los del plenario, aunque no en los términos que aquí espone M. Bonnier; pues entre nosotros solo se verifica de esta suerte cuando se trata de delitos castigados con pena correccional, para cuyo caso se ha establecido el juicio público y oral por decreto de 23 de julio de 1854, segun espusimos en la adición inserta á continuación del número 320. La vista se celebra en el lugar que el juez tiene destinado para su audiencia. A ella pueden asistir el promotor fiscal y los abogados defensores de los acusados, en cuyo caso hablan por su orden. Tambien puede concurrir á ella el reo, aunque esté preso, y entonces debe conducirsele con seguridad. (V. el reglamento de juzgados de 1.º de mayo de 1844 y las reales órdenes de 13 de octubre de 1844 y de 7 de octubre de 1845.)

Respecto de la doctrina que espone M. Bonnier en el núm. 402, la creemos aplicable á nuestro derecho, habiéndola consignado en nuestro Código penal comentado, comentario al artículo 246. (V. la adición inserta á continuación del número 395.—(A. del T.)

## SEGUNDA CLASE DE CONFESION.

### Confesion tácita.—Juramento decisivo.

#### SUMARIO.

- 404. Confesion tácita, inadmisibile en lo criminal.
- 405. Confesion tácita en lo civil.—Juramento decisivo.
- 406. Del juramento en general.
- 407. Juramento promisorio.
- 408. Juramento afirmativo, decisivo ó supletorio.

404. La conducta de una parte puede ser tal, que implique reconocimiento del hecho alegado contra ella, aunque no haya confesion formal por su parte. Por eso, en Roma, se consideraba al que habia transigido por dinero con la parte adversa, como habiendo hecho la confesion del hecho que se le imputaba. *Intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*, dice Paulo (l. 5 D. de his. qui not. inf.). Sin embargo, esta decision solo se aplicaba á las acciones privadas y á las acusaciones no capitales. Cuando la acusacion era capital, podia haberse dictado la transaccion por temor de una condena injusta: «In capitalibus, criminibus, dice Ulpiano (l. 1, D. de bon. eor. qui aut. sent.), à principibus decretum est, non nocere ei qui adversarium corripuit, sed in his demum quæ pœnam mortis continent: nam ignoscendum censuerunt ei qui sanguinem suum qualiterqualiter redemptum voluit.» En el día, es evidente que en materia criminal no puede la confesion tácita tener una fuerza que se rehusa á la confe-

sion formal. Una tentativa de soborno respecto del ministerio público ó de la parte civil, no constituiría mas que un indicio grave contra el acusado. La apreciación de circunstancias de esta naturaleza se deja enteramente al juez en materia criminal. Asimismo, el silencio tenaz del acusado en vista de las acusaciones mas graves, puede sin duda perjudicarlo, pero no tiene contra él un efecto absoluto. Ya lo hemos dicho, los rigores que se ejercían en otro tiempo contra el *mudo voluntario*, no existen ya en el derecho actual, y el juez debe suplir los medios de defensa aun del mismo que hubiera renunciado completamente á defenderse. Al contrario, en lo civil, en que ordinariamente el procedimiento es *requisitorial*, el juez no se halla obligado á defender á la parte que abandona ella misma su causa, y la ley puede ver muy bien en este abandono una confesión tácita.

405. A veces el legislador deja al juez la facultad de tener por confesados los hechos, solamente porque el demandado (1) no ha querido prestarse á la medida que de él se exige, y ya hemos visto, en efecto, que no avanza mas el Código de procedimiento (art. 350) en lo relativo al interrogatorio sobre hechos y artículos. Pero en muchas otras hipótesis, la negativa á contradecir las alegaciones del adversario se considera como una confesión, que los jueces no tienen libertad de admitir ó de desechar. Ya veremos que esto es lo que se verifica en el cotejo de escrituras; puesto que, el escrito sobre cuya exactitud no quiere explicarse su poseedor, se considera como reconocido por éste (Cód. cit. art. 194.). El caso mas notable tal vez de confesión tácita, es el que resulta de la negativa de prestar ó de referir el juramento decisorio. Así, la delación del juramento se ha asimilado siempre al interrogatorio, con el cual tiene una gran afinidad, puesto que propende igualmente, aunque de una manera solemne, á apelar de él á la conciencia del adversario.

406. Pero antes de hablar especialmente del juramento decisorio, demos algunas nociones preliminares sobre el juramento en general.

El juramento es el acto de atestiguar con la Divinidad (2) en

(1) Se trata del demandado en el incidente, que podría ser muy bien el demandante primitivo. Así, cuando persigo á uno en virtud de un documento y este lo redarguye de falsedad, hago en este procedimiento incidental el papel de demandado.

(2) Hay juramentos que no se dirigen á la Divinidad; así los habitantes

apoyo de una declaración del hombre. Dando una gran importancia al juramento, nuestra legislación, á que se ha acusado á veces de atea, profesa implícitamente, pero de un modo muy formal, la creencia en la existencia de Dios y en la inmortalidad del alma. Si llegaran algun día á prevalecer las doctrinas materialistas ó *positivistas*, no habria otro medio de fortificar la declaración del hombre, que apelar á su *honor*. Pero el honor supone cierta educación, por lo que no afecta sino á determinadas clases de la sociedad, al paso que la religion habla á todos el mismo lenguaje.

Este testimonio de la creencia de los pueblos en una justicia suprema se encuentra en todos los países y en toda época. Pitágoras llegaba hasta pretender que el mundo debia su origen á un juramento que Dios mismo hubiera prestado de [toda eternidad, y cuyo cumplimiento fuera la creacion (1). Mas desgraciadamente se ha abusado tambien en todo tiempo del juramento, y la apelacion á la Divinidad se ha convertido en una nueva arma para el fraude. Esto explica por qué el Evangelio está lejos de ser favorable al uso del juramento: «Ego autem dico vobis non jurare omnino.... sit autem sermo vester: Est, est; non, non: quod autem his abundantius est, a malo est.» (S. Math., cap. V, vers. 34 y 37). Pero esta prescripción ha sido muy mal observada. La influencia del cristianismo en la legislación romana, no hizo mas que multiplicar los juramentos; sabido es cómo se han prodigado en la constitucion de Justiniano, que obliga á las dos partes, así como á los abogados, á prestar juramento al principio de cada proceso (Just., l. 2, Cód. de *jurej. propt calumn.*). Los pueblos modernos han recurrido tambien mucho mas frecuentemente á esta garantía, que pierde toda su eficacia, cuando se hace vulgar, y por decirlo así, de estilo ó de fórmula.

407. Segun que la declaración del hombre se refiere á lo pasado ó al porvenir, el juramento es *afirmativo* ó *promisorio*. Aquí solo debemos ocuparnos del juramento afirmativo. Si puede comprenderse en la materia de que tratamos el juramento promisorio,

de Sumatra juran por las osamentas de sus padres; los árabes por la velocidad de sus corceles, y por el viento que sopla de la montaña. Pero el juramento judicial de los pueblos civilizados se dirige siempre á Dios.

(1) Compréndese bien que esta explicacion, como la mayor parte de las que dá la filosofía sobre el misterioso problema del origen del mundo, es mas oscura que el hecho mismo que hay que explicar.

es cuando se refiere al modo de practicarse la prueba. Así es, que hemos determinado especialmente (núms. 371 y 393) el que prestan los peritos y los testigos. Hemos visto igualmente que el antiguo derecho exigía el juramento de la parte, bien fuese antes de producir el interrogatorio, bien en lo civil, bien en lo criminal; pero que esta odiosa exigencia fué abolida por nuestra legislación moderna (núms. 371 y 393). Lo que vamos á decir en cuanto á la forma del juramento afirmativo, es directamente aplicable á la forma del juramento promisorio. En cuanto al fondo, es evidente que el juramento promisorio no se dirige á probar nada, sino solamente á contraer un empeño para el porvenir, empeño que no tiene generalmente importancia en nuestro derecho sino en cuanto se trata del ejercicio de ciertas funciones (1).

408. El juramento afirmativo puede deferirse por una de las partes á la otra, ó bien por el juez á la parte que estime mas digna de fé. En el primer caso, se le llama *decisorio*, porque basta por sí sola la delacion del juramento para terminar el proceso. En el segundo caso, se le llama *supletorio*, porque el juramento deferido por el juez no hace mas que completar una prueba preexistente. El juramento afirmativo se califica por el Código Napoleon (art. 1337) de juramento *judicial*, porque es el que se defiere mas frecuentemente en juicio. Pothier es mas exacto, cuando reserva el nombre de *juramentum judiciale* al juramento supletorio que exige necesariamente la intervencion del juez, mientras que la delacion del juramento decisorio puede ser extrajudicial. Aquí solo trataremos del juramento decisorio, el cual se refiere á la confesion, como emanando por lo comun (2) de la parte que tiene interés en negar

(1) En Roma el juramento promisorio añadido á convenciones ordinarias, excluía la restitucion por entero á favor de los menores de 25 años. *Neque perfidia, neque perjuri auctorem me tibi futurum sperare debuisti*, responde Alejandro Seyero (l. *Cód. si adv. vend.*) en un caso de esta naturaleza. Por juramento se obligaban tambien los manumitidos á prestar ciertos servicios á sus patronos. En la Edad Media, el juramento añadido á la declaracion que se contenia en una acta escrita, atraía la jurisdiccion eclesiástica. En el dia, el juramento promisorio no tiene ningun efecto en el derecho privado. Encuéntrasele, sin embargo, aplicado en el art. 603 del Código Napoleon, que sujeta ú obliga al usufructuario, cuando se le abandonan ciertos bienes muebles para su uso personal, á caucionarse ó afianzarse él mismo por medio de su juramento (*caucion juratoria*).

(2) Decimos por lo comun, porque en efecto, casi siempre será el demandante en cuanto al objeto principal del litigio, ó el demandado con-

los hechos objeto del litigio. Por el contrario, referirémos al tercer medio de prueba oral, á la declaracion del demandado, el juramento supletorio, que tiene un carácter especial, puesto que frecuentemente se defiere al mismo demandante, llamado á dar testimonio en su propia causa.

Usándose solo en lo civil la delacion del juramento á diferencia del interrogatorio, nuestras esplicaciones sobre esta parte versarán esclusivamente sobre las materias civiles; esplicando solamente despues por qué han desechado los pueblos modernos en materia criminal el juramento decisorio.

## SECCION PRIMERA.

### USO DEL JURAMENTO DECISORIO EN LO CIVIL.

#### SUMARIO.

#### 409. Carácter del juramento decisorio. Division.

409. El juramento decisorio ofrecido y aceptado constituye una verdadera transaccion; *speciem transactionis continet*, dice Paulo (l. 2.º D. *de jures.*). Pero este género de transaccion se distingue de las transacciones ordinarias, en que hay obligacion respecto de la parte á quien propongo referirme á su fé, aceptar mi oferta, ó confesar la justicia de mis pretensiones. Debe confesarse sin embargo, que este modo de cortar la dificultad, está lejos de ser siempre satisfactorio, y que la práctica americana que, sin rechazar el juramento decisorio, previene por lo comun su empleo por medio de la interrogacion de los partes *in limine* (M. Greenleaf, tom. III, pág. 433), ofrece formales ventajas. Trataremos, pues, sucesivamente de la delacion del juramento, del modo de prestarlo, y del efecto del juramento prestado: finalmente, hablaremos de la confesion tácita, que lleva consigo la negativa de prestarlo ó de deferirlo.

vertido en demandante, en cuanto á sus medios de defensa, quien exigirá que jure el adversario interesado en negar. Sin embargo, podria acontecer lo contrario. Quien solo se defiende, podria, para abreviar el pleito, deferir el juramento al demandante. Pero esto ocurrirá raras veces, porque sería preciso estar muy mal aconsejado para suministrar á su adversario un medio tan fácil de triunfar.